臺灣新竹地方法院民事判決

111年度訴字第474號

原　　告　黃淑悠
訴訟代理人　林三加律師
被　　告　金美營造股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　黃宜婕
訴訟代理人　蔡甫欣律師
複代理人　林佳真律師
參　加　人　劉潤錦
訴訟代理人　劉德壽律師
　　李致詠律師
　　劉逸旋律師
受告知訴訟人　鄭惠萍

上列當事人間塗銷抵押權登記事件，本院於民國112年5月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應將坐落新竹縣○○市○○段○○○地號土地（面積647.86平方公尺，權利範圍全部）、同段二五八地號土地（面積109.93平方公尺，權利範圍全部）、同段八０一建號建物（門牌號碼新竹縣○○市○○街000號，總面積266.10平方公尺，權利範圍全部），經新竹縣竹北地政事務所以收件年期民國109年，字號竹北字第191800號，於民國109年11月13日登記，權利人金美營造股份有限公司，擔保債權總金額新臺幣380萬元之普通抵押權登記予以塗銷。

訴訟費用由被告負擔。

參加費用由參加人負擔。

事實及理由

壹、程序事項

一、「就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起

見，於該訴訟繫屬中，得為參加。」民事訴訟法第58條第1項定有明文。本件參加人劉潤錦於民國112年1月3日具狀聲請參加訴訟，表明其為被告之債權人，若如主文所示之抵押權經塗銷，影響其日後對被告求償，為輔助被告而參加，並提出參加人與被告間之投資契約書、本院核發之本票裁定等為據（卷二第9-48頁），所為聲請參加程序核無不合，應予准許。

二、「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。」「第一項情形，第三人未參加或承當訴訟者，當事人得為訴訟之告知；當事人未為訴訟之告知者，法院知悉訴訟標的有移轉時，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知第三人。」民事訴訟法第254條第1、4項定有明文。原告於本件訴訟中之111年9月15日將系爭抵押權（詳後述）所設定之不動產所有權出賣予訴外人鄭惠萍，並於111年9月29日移轉登記完畢，依前揭規定，對於原告之訴訟實施權無影響。訴外人鄭惠萍未參加或承當訴訟，業經本院以書面將訴訟繫屬之事實及庭期通知鄭惠萍（卷一第279-283、305頁）。

貳、實體事項

一、原告起訴主張：

㈠、兩造於109年9月24日簽署出資協議書（卷一第45-47頁，如附件一所示），合資向第三人童航科購買坐落新竹縣○○市○○段000地號土地（面積647.86平方公尺，權利範圍全部）、同段258地號土地（面積109.93平方公尺，權利範圍全部）、同段801建號建物（門牌號碼新竹縣○○市○○街000號，總面積266.10平方公尺，權利範圍全部）（下稱系爭房地），購買總價款新臺幣（下同）2,950萬元，兩造各出資380萬元自備款，另向臺灣新光商業銀行貸款2,200萬元，每月應繳貸款本息為100,964元。

㈡、依據出資協議書，兩造合意以原告名義辦理貸款並登記為系爭房地所有權人，自產權登記在原告名下之日起（8個

月），除由新光銀行設定最高限額抵押權2,640萬元外，再由被告設定普通抵押權，擔保債權總金額380萬元，擔保債權種類及範圍為「109年10月30日金錢消費借貸」。此外，出資協議書第六條約定「甲方（指被告）為前揭不動產實際擁有人，乙方（指原告）對該不動產無處分權、管理權及使用權，乙方亦無須承擔虧損之責任。若甲方未依規定繳納貸款，視同違約，此約定自動失效，乙方有權處分甲、乙雙方合作之不動產。」第七條約定「倘若甲方無法每月如期繳納貸款金額，造成乙方信用損失，同意當月支付1萬元做為乙方損失補償。」第八條約定「雙方合意契約有效期間自簽訂之日起算8個月，乙方貸款利息由甲方支付，本不動產租賃收入由甲方收取。」

㈢、詎料，被告僅繳納4期貸款本息（110年8月-11月，每月100,964元，共403,856元），有新光銀行存摺影本可據（卷一第49頁），自110年12月起即未繳納，原告為維護自身信用不得已繼續代為繳納4期，深感負擔沈重。原告並委託律師於111年2月15日發函通知被告其未依約繳納貸款，已視同違約，原告已取得處分系爭房地之權利及損害賠償權利（卷一第53頁），嗣被告亦委託律師於111年4月15日函覆稱：認為先就無爭執之新光銀行貸款清償4期及損失補償金443,856元部分，迅速簽署和解書並匯款等語（卷一第58頁），而自承違約及願意給付賠償，然嗣後仍未依來函意旨履行。

㈣、被告自109年9月起陸續以投資高報酬為由，多次向原告及訴外人林忠信（下逕稱姓名）借款，原告及林忠信曾於110年11月16日與被告簽署另紙協議書（卷一第101頁，如附件二所示），被告承諾於110年年底前給付支票票款1,621萬元，同時原告應將系爭房地返還登記予被告，原告及林忠信應將支票退還，不得兌現。然被告悖於承諾未於110年底前給付1,621萬元，原告方於111年1月14日兌領票號ZBA0000000號支票50萬元、於111年3月18日兌領票號ML0000000號支票100萬元（下稱兌領票款150萬元），且上述50萬元、100萬元支票債

權與系爭土地及出資協議書均無關。除已兌領之上開支票2紙外，原告執有被告所簽發如【附表】所示支票8紙，均因存款不足而退票（卷一第202、227-241頁），故被告迄今仍積欠原告支票本金債務850萬2,500元。

㈤、兩造間就系爭房地於109年11月13日登記之普通抵押權（新竹縣竹北地政事務收件年期109年，字號竹北字第191800號，登記日期109年11月13日，權利人被告，擔保債權總金額380萬元）（下稱系爭抵押權）。原告本即登記為系爭房地所有權人，復因被告違反出資協議書之繳納貸款義務，視同違約，「被告為系爭房地實際擁有人，原告無處分權、管理權及使用權」之約定自動失效，意即原告已取得處分系爭房地之權利。系爭房地上設有系爭抵押權，然系爭抵押權所擔保之債權「109年10月30日金錢消費借貸」根本不存在，原告未積欠被告任何債務，依抵押權之從屬性，系爭抵押權登記應予塗銷。若被告抗辯債權存在，應由被告負舉證責任。

㈥、退步言，若認被告確有支付380萬元自備款而原告應返還被告，則原告以【附表】編號4、5、6、7、8之支票債權，在380萬元範圍內依序抵銷之（卷二第280頁）。爰依民法第767條規定提起本件訴訟，並聲明：如主文第一、二項所示。

二、被告則抗辯以：

㈠、被告於109年間以總價2,950萬向第三人童航科購買系爭房地，被告已給付部分價款後，原告表示要投資，扣除新光銀行貸款2,200萬元後，差額750萬元，各1/2為375萬元， 兩造協議以380萬元作為各自之投資額，故原告為被告設定380萬元之普通抵押權。

㈡、不爭執兩造於109年9月24日簽署出資協議書，然其形式上雖為合資契約，實則為借名登記契約，109年9月28日借名登記在原告名下。兩造約定借名登記期限8個月，原告除向被告收取一筆90萬元借名登記費用外，更向被告收取按本金380萬元、月息2.25%、8個月計算之利息684,000元（3,800,000

元x2.25%x8個月=684,000元），此有兩造間另案（本院111年度竹北簡字第431號給付票款事件）言詞辯論筆錄可稽（卷一第323、329頁），利息部分亦明載於出資協議書第十一條。由是可見兩造之於系爭房地不是合資而是借名登記，被告為實質所有權人，原告不得對被告主張民法第767條所有權人之物上請求權。

㈢、被告因預料將無法繳納110年12月份貸款，故事先與原告商議，兩造於110年11月16日簽署另紙協議書（甲方為金美營造股份有限公司、乙方為黃淑悠、丙方為林忠信）（即附件二），被告雖同意給付原告及林忠信2人支票票款1,621萬元，惟支付日期再行協商，故支付日期並未填入，且附註一特別約定「於110年11月16日起至前開房地（註：即系爭房地）辦理移轉登記予甲方或指定之人，乙方及丙方同意不承兌甲方所開具前開支票。」然原告卻兌領票款150萬元，違反協議。被告早於111年2月22日即委託律師發函予原告，被告以票款50萬元抵充新光銀行貸款5個月（卷一第105-107頁）。原告所兌領票款150萬元已足夠支付新光銀行貸款，故被告並未違反出資協議書，原告無權處分系爭房地。

㈣、出資協議書乃借名登記契約，第六條已明示原告對系爭房地無處分權、管理權及使用權，然原告竟為下列行為：

1.於111年1月25日，配合訴外人林忠信，申請對系爭房地為預告登記（預告登記屬於廣義之管理行為），內容「依土地法第79條之1第一項第一款辦理關於土地權利移轉或使其消滅之請求權」，並於111年1月26日完成登記。嗣又於111年4月11日塗銷預告登記。

2.於111年9月29日，將系爭房地所有權移轉登記予訴外人鄭惠萍。

㈤、依民法第227條不完全給付規定，本件因可歸責於原告之事由，致為不完全給付，被告得請求原告賠償。再者，依民法第264條同時履行抗辯規定，兩造因契約（出資協議書、協議書）互負債務，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自

己之給付。是以，原告請求塗銷系爭抵押權登記為無理由。並答辯聲明：原告之訴駁回，訴訟費用由原告負擔。

三、參加人參加意旨：

㈠、系爭房地乃被告借名登記在原告名下（兼讓與擔保性質），為保障被告將來之借名登記物之返還、或衍生之債務不履行，而設定普通抵押權予被告作為擔保。

㈡、參加人為被告之債權人，有投資協議書、本票裁定可證，若系爭抵押權及所擔保之債權遭塗銷，將影響參加人對於被告之債權實現與求償（卷二第9-10頁）。

四、本院之判斷：

㈠、原告主張兩造於109年9月24日簽署出資協議書，合資向第三人購買系爭房地，總價2,950萬元，兩造各出資380萬元自備款，另向新光銀行貸款2,200萬元，被告每月應繳貸款本息為100,964元；兩造合意以原告名義辦理貸款並登記為所有權人；依系爭房地登記謄本所示，被告為普通抵押權人，擔保債權總金額380萬元，擔保債權種類及範圍為109年10月30日金錢消費借貸；被告已繳納新光銀竹4期貸款本息（110年8月-11月每月100,964元，共403,856元），至於110年12月份及之後之貸款即未繳納；被告所簽發如【附表】所示支票，面額合計8,502,500元，均因存款不足而退票等情，為被告所不爭執，並有出資協議書、系爭房地登記謄本、新光銀行存摺內頁、支票及退票理由單等影本在卷可稽（卷一第45-49、227-241頁，卷二第203、209、215頁），故此部分事實，應堪先予認定。

㈡、按「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。」「稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。」「抵押權所擔保者為原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用。但契約另有約定者，不在此限。」民法第758條、第860條、第861條第1項定有明文。是

以，抵押權所擔保債權之種類及範圍，屬抵押權之內容，須經登記始為抵押權效力所及。本件依系爭房地登記謄本所載，擔保債權總金額380萬元、擔保債權種類及範圍為109年10月30日金錢消費借貸，故系爭抵押權所擔保之債權是否存在，應取決於被告對原告有無「109年10月30日金錢消費借貸380萬元」債權存在，此一債權存在之積極事實，依民事訴訟法第277條前段意旨，應由被告即債權人舉證以實其說。經查，被告自承原告並未於109年10月30日向被告借款380萬元，兩造之所以設定系爭抵押權之緣由乃因當時被告對系爭房地之投資額為380萬元等語（卷二第280-281頁），是以，被告對原告確實沒有借款380萬元債權存在。抵押權為擔保物權，以擔保之債權存在為前提，倘擔保債權並未發生，抵押權即失所附麗，依抵押權成立上之從屬性，縱有抵押權登記，亦屬無效，抵押人得請求塗銷（最高法院103年度台上字第393號判決意旨參照）。是以，原告之訴為有理由，應予准許。

㈢、被告執以否認系爭抵押權登記應予塗銷之理由，無非係以：出資協議書名為合資，實則為借名登記兼讓與擔保性質；借名人即使有違反借名登記契約義務，出名人並不因此取得系爭房地所有權、管理權或使用權；被告有繳納新光銀行貸款4期，及以原告所兌領票款150萬元抵充第5期以後貸款；原告亦有違反出資協議書之預告登記行為、移轉所有權登記行為，及違反協議書之兌領票款150萬元行為，應對被告負不完全給付責任等為據。惟查：

1.就契約性質而言，本院認係合資契約：

⑴按解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。被告及參加人雖主張出資協議書乃借名登記兼讓與擔保性質等語（卷二第10、283頁），所謂「借名登記」，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允

就該財產為出名登記之契約。所謂「讓與擔保」，民法第757 條規定「物權除依法律或習慣外，不得創設。」亦即物權得依習慣而創設，我國工商社會與一般民間習慣，常見債務人因擔保自己債務之未來之履行，與債權人約定將自己財產所有權移轉於債權人（受讓人），債務履行期屆至，如有不履行該擔保目的之債務時，經債權人實行清算後，除債務人清償該債務得向受讓人請求返還擔保物外，受讓人即確定取得擔保物之所有權。惟該擔保物價值高於應履行債務之價額者，債務人得向受讓人請求償還其差額。此類以擔保為目的而移轉擔保物所有權予債權人之擔保物權設定，即為學理所稱「讓與擔保」。

⑵本院觀之出資協議書，並無一字一句提及「借名登記」或「讓與擔保」，更未見記載借名登記費用90萬元或其他名目90萬元之存在，此與出資協議書逐一條列各筆金額之項目、計算方式之作法明顯有異，故原告於另案（本院111年度竹北簡字第431號給付票款事件）主張借名登記費用90萬元，是否係為規避重利或其他責任，非無可能。反之，出資協議書內容中屢見：立投資登記契約書人、雙方合意出資、雙方各自出資380萬元自備款、雙方共同出資補足、雙方合作之不動產、投資本金、分潤售出價格扣除稅後盈餘…等文字，可見出資協議書之性質確為合資契約。

⑶至於出資協議書所約定之「被告為系爭房地實際擁有人，原告對系爭房地無處分權、管理權及使用權」乙節，無非係因兩造合資契約有效期間僅有8個月，此8個月內被告擬將系爭房地出租予他人以收取租金之故，被告有收取租金之權，同時，原告有按投資金額月息2.25%收取利息之權，兩造合資購買系爭房地均有收益。於8個月期滿後，原告須移轉登記予被告指定之另一公司，同時收回380萬元投資款，並靜待日後（12-14個月）系爭房地出售獲利，再獲分配25%利潤。益證出資協議書為合資契約無訛，既非借名登記，亦非讓與擔保，兩者構成要件及法律效力皆不同，更無兼具之可能。

2.就新光銀行貸款而言，本院認被告僅有繳納4期（110年8月-11月）本息共403,856元，原告所兌領票款150萬元為兩造間其他債權債務關係，為被告應履行之其他債務，無從抵充第5期以後貸款。從而，被告確有出資協議書第六條之未依規定繳納貸款之違約情事。

3.被告未依規定繳納第5期（110年12月）以後貸款，視同違約，已如前述。依出資協議書第六條後段，原告即有權處分雙方合作之不動產即系爭房地。是以，原告與林忠信於111年1月26日為預告登記、於111年4月11日塗銷預告登記，原告於111年9月29日將所有權移轉登記予第三人鄭惠萍（卷一第19、167、279-283頁），均未逸脫上述有權處分之範圍。故被告援引民法第227條不完全給付及第264條同時履行抗辯規定，辯稱無庸塗銷系爭抵押權，並無可取。

㈣、被告就系爭房地有投資380萬元，且曾繳納4期貸款本息共403,856元，為原告起訴時所自承。原告既行使其處分權，並以買賣為登記原因將系爭房地移轉登記予訴外人鄭惠萍，且新光銀行之最高限額抵押權已塗銷，則兩造應按出資協議書進行結算。至於結算後投資盈、虧，各自分潤若干，原告能否以被告之票款債務抵銷等情，均不在本件塗銷系爭抵押權事件之審認範圍，附此敘明。

五、本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，核與判決結果不生影響，爰不一一論述。

六、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　13　　日

民事第二庭　　法　官　陳麗芬

以上正本係照原本作成

如對本判決上訴，須於判決送達後20日之不變期間內，向本院提出上訴狀。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　13　　日

書記官　曾煜智

【附件一】109年9月24日出資協議書（即卷一第45-46頁，第47頁簽名頁因涉個資而省略）

【附件二】110年11月16日協議書（即卷一第101頁）

【附表】

編號	支票號碼	發票日	退票日	受款人	票面金額
1	ZBA0000000	110年12月24日	111年5月10日	黃淑悠	180萬元
2	YB0000000	110年10月31日	同上	空白	170萬元
3	YB0000000	110年12月24日	同上	黃淑悠	20萬2,500元
4	ZBA0000000	110年10月20日	同上	空白	50萬元
5	ZBA0000000	110年11月21日	同上	空白	50萬元
6	ZBA0000000	110年11月25日	同上	黃淑悠	70萬元
7	ZBA0000000	110年12月1日	同上	空白	60萬元
8	ZBA0000000	110年10月25日	同上	黃淑悠	250萬元
					850萬2,500元